

FERNANDO GONÇALVES*

Membro do Conselho de Administração do TRF

Sumário:

1. Instrumentos Legais à Disposição do Tribunal de Contas da União. 2. Aspectos Jurídicos dos Procedimentos Licitatórios no Brasil

1. Instrumentos Legais à disposição do Tribunal de Contas da União.

O Controle da gestão da coisa pública no Brasil, conforme estabelece a legislação vigente, realiza-se em dois níveis, o controle interno e o externo. O primeiro é responsabilidade dos três poderes da República, consubstanciado no Sistema Integrado de Controle Interno, que inclui uma rede de órgãos setoriais atuantes nos ministérios e demais órgãos federais. O controle externo, por seu turno, está a cargo do

Congresso Nacional que exerce com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), órgão colegiado composto por nove juizes.

Compete ao TCU a fiscalização da gestão dos recursos públicos federais em todo o país. Sua jurisdição abrange cerca de 2300 unidades gestoras e 5000 prefeituras.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o Poder Fiscalizador do Tribunal ao incluir auspiciosa e significativas inovações no campo do controle governamental, a se destacar:

1. a extensão do alcance do poder fiscalizador, para além dos aspectos financeiro, orçamentário, patrimonial e contábil abrangendo também o operacional; e

2. a ampliação do leque de órgãos jurisdicionados ao TCU.

Assim, constitucionalmente, inserem-se na competência do Tribunal de Contas da União as seguintes atribuições, conforme art. 71 da Lei Maior:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade e dos atos de admissão de pessoal, na administração direta e indireta, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

IV - realizar, por iniciativa própria ou do Parlamento, inspeções e auditorias de natureza contábil;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, ou outros instrumento congêneres, a Estados, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

2º Se o Congresso Nacional ou Poder executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestralmente e anualmente, relatório de suas atividades.

Outro importante instrumento legal à disposição do TCU em sua missão de combate à malversação de recursos públicos é a sua Lei Orgânica, promulgado em 16/07/92. Em sintonia com as novas atribuições outorgadas pela Carta Magna de 1988, incorpora mudanças significativas no que tange à aplicação de sanções por parte da Corte de Contas.

Nesse sentido, fica o Tribunal facultado a aplicar multa de até cem por cento do valor corrigido do dano causado ao erário ao responsável julgado em débito. Ainda que não haja débito, pode-se imputar multa de até US\$ 7,750 (sete mil, setecentos e cinquenta dólares) aos responsáveis por:

1. contas julgadas irregulares;
2. infração à norma legal ou regulamentar,
3. ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
4. não atendimento de diligências do Tribunal;
5. obstrução dos trabalhos de inspeções e auditorias; e
6. reincidência de descumprimento de determinação do Tribunal.

Caso o Tribunal considere grave a infração cometida, poderá inabilitar o responsável, por um período entre cinco e oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública.

Por fim, pode o Tribunal solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, às entidades jurisdicionadas que tomem as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito.

Outra importante inovação trouxe em seu bojo a Lei Orgânica do TCU. Trata-se da faculdade de determinar, cautelarmente, no início ou no curso de qualquer apuração, o afastamento temporário de administradores. A condição posta para fundamentar essa decisão relaciona-se com a existência de indícios de que a permanência do gestor no cargo possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

Em circunstâncias análogas, pode também o Tribunal decretar a indisponibilidade de bens do responsável, por prazo não superior a um ano, em valor suficiente para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Interessa ainda assinalar que se tomam inelegíveis para o exercício de cargos ou funções públicas, aqueles que tiverem suas contas rejeitadas por irregularidade, conforme dispõe a Lei Complementar nº 64/90.

O TCU estende sua ação fiscalizatória a todas as entidades jurisdicionadas orientando sua atuação para o desempenho de suas funções básicas: a de órgão de auditoria e de órgão judicante.

A ele cabe julgar as contas dos gestores da coisa pública, incluindo-se aí qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

No exercício de suas funções judicantes, o TCU pauta-se nas prerrogativas outorgadas pela Constituição e pela Lei Orgânica. A Lei determina o julgamento das contas pela regularidade, quando expressarem a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão, podendo fazer ressalvas quando evidenciadas impropriedades ou falhas de natureza formal das quais não resulte dano ao erário.

O TCU julgará pelas irregularidades as contas quando comprovar omissão no dever de prestá-las; a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração à norma legal ou regulamentar, dano ao erário; desfalque ou desvio de valores públicos.

Sempre que as contas forem julgadas irregulares em razão de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, bem como de dano decorrente de ato de gestão ilegítimo, será encaminhado ao Ministério Público da União, por expressa determinação do Colegiado, cópia da documentação pertinente para ajuizamento das ações cíveis e penais cabíveis.

O julgamento de irregularidade de Tomada de Contas Especial de que resulte imputação de débito não impede que o Tribunal, cumulativamente, aplique ainda ao responsável multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, como vimos anteriormente.

O acórdão é o instrumento que formaliza a decisão definitiva do Tribunal. A publicação do Acórdão no Diário Oficial da União constitui-se, no caso de contas irregulares, título executivo válido para cobrança judicial da dívida e obrigação para o responsável de comprovação de recolhimento do montante do débito aos cofres públicos. É importante ressaltar, então, que a decisão do Tribunal, de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo.

Ao responsável expedir-se-á a notificação para que, no prazo de quinze dias, efetue o recolhimento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros demora devidos, e faça comprovação disso perante o Tribunal. Em decorrência do recolhimento integral, o Tribunal expedirá quitação do débito ou da multa.

Expirando, entretanto, o prazo previsto sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá, efetivamente:

a) determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos ou salários do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; ou

b) autorizar a cobrança judicial por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal.

Finalizando, no que diz respeito ao poder judicante da Corte de Contas, é entendimento predominante que são independentes as instâncias do Poder Judiciário e a do TCU.

As tomadas e prestações de contas anuais dos órgãos públicos, que vêm rotineiramente ao exame do TCU, nem sempre refletem com precisão a realidade da gestão pública. Cabe-lhe, então, buscar as evidências necessárias para que possa proferir um julgamento condizente com a realidade dos fatos da gestão patrimonial.

No exercício da fiscalização ou no saneamento dos autos de contas, o Tribunal pode determinar a realização de inspeções, auditorias ou diligências, cabendo aos gestores atendê-los em suas solicitações. A Lei Orgânica oferece o instrumental jurídico necessário à função investigativa do TCU. Ela prescreve, por exemplo, que nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal sob qualquer pretexto. Nesses casos, a Lei prevê medidas punitivas aos responsáveis.

Se, através de inspeções, o Tribunal vier a tomar conhecimento de irregularidades que provocaram prejuízo ao erário, transformará o respectivo processo em Tomada de Contas Especial para fins de citação ao responsável, visando ao ressarcimento dos cofres públicos.

Procedimento similar é adotado pelo Tribunal no caso de representação de seus órgãos técnicos, denúncias apresentadas por cidadão, partido político, associação ou sindicato ou qualquer outra forma que evidencie fatos que justifiquem a medida.

Convém salientar que o novo texto constitucional também investiu o Tribunal de Contas da União do poder de realizar as "auditorias de mérito", cuja execução, sob o ordenamento constitucional-legal anterior, apenas se insinuava como uma faculdade.

As auditorias então implementadas restringiam-se aos aspectos financeiros e orçamentários, pautando-se os exames à legalidade das despesas e legitimidade dos atos administrativos. Com o tempo, essa forma de atuação passou a ser muito questionada. Não bastava à sociedade saber apenas que os recursos oriundos dos impostos haviam sido aplicados na conformidade dos regulamentos e normas de administração financeira, exigia-se o aprofundamento da análise de modo a permitir a avaliação dos resultados advindos da ação governamental.

Portanto a fiscalização de caráter operacional representa a prerrogativa constitucional facultada ao TCU para o exercício amplo, abrangente e profundo do controle externo, erigido no poder - dever de , auxiliando o Congresso Nacional, como os olhos atentos da sociedade, fiscalizar a boa condição das políticas públicas.

A fiscalização operacional representa um redimensionamento da atuação da Corte de Contas, agora livre de condicionamentos anteriores que impediam de analisar resultados, bem como meios e condições de efetivá-los restringido-se a verificar a conformidade legal. Assim, ao TCU é conferida a competência de manifestar-se com base na economicidade, eficiência e eficácia do desempenho dos agentes públicos.

Atualmente, constatou-se que a auditoria pode exercer um papel bem mais valioso de instrumento gerencial, pautando seu trabalho na análise dos aspectos operacionais.

Tendo presente a lógica sistêmica, que situa as organizações dentro de seus universos externo e interno, ambos interagindo e influenciando seu desempenho, na medida em que variáveis exógenas e endógenas atuam como condicionantes restritivas ou favoráveis, é que a análise dos diferentes aspectos da gestão encontra respaldo na realidade vivenciada pelas entidades públicas.

Dessa forma, pode o Tribunal determinar a realização de auditorias operacionais para avaliação de desempenho e instituições públicas, em áreas específicas, bem como de projetos, programas e fundos governamentais.

A amplitude do trabalho pretendido pelo TCU abrange todo o universo macroeconômico de instituição pública ou programa governamental focalizados, dentro da visão sistêmica. A avaliação de gestão realizada pelo Controle Interno aparece como fonte primária de subsídios, posto que a auditoria operacional parte do presente e se projeta para o futuro. Caracteriza-se, por conseguinte, como de natureza "ex-ante" e "ex-tempore", utilizando dados do passado como indicadores de comportamento e de tendência.

O objetivo básico desta modalidade de fiscalização operacional é realizar estudos amplos, cujos resultados destinam-se a demonstrar à Sociedade, aos setores competentes e, particularmente, ao Congresso Nacional, a qualidade do desempenho de instituições públicas e programas governamentais, assinalando os fatores que interferem na consecução da economicidade, eficiência e eficácia almejadas e oferecendo, quando possível, sugestões. A auditoria operacional consiste, portanto, em valioso instrumental de combate à corrupção e à fraude no Setor Público, em

razão da profundidade de análise que sua realização proporciona ao órgão fiscalizador.

Mister se faz assinalar que os atributos da auditoria financeira tradicional, geralmente entendidos e aceitos, tais como independência, objetividade e confiabilidade, são também essenciais na auditoria operacional. A presença desses atributos serve como garantia de que o relatório será objetivo e confiável, elaborado independentemente da interferência dos responsáveis pelo programa ou atividade examinada e baseado em um exame disciplinado da evidência apropriada.

2. Aspectos Jurídicos dos Procedimentos Licitatórios no Brasil

O Tribunal, no exercício de sua competência constitucional de julgar a regularidade das contas públicas, preocupa-se com a fiscalização de todos os atos administrativos concernentes aos procedimentos licitatórios. Tendo em vista que parcela substancial da despesa pública é realizada por meio de contratos, e esses devem ser precedidos de licitação, o acompanhamento e controle desta fase do processo de contratação consistem em importante ação preventiva; pois contribui para a redução da ocorrência de erros e falhas de origem que podem resultar em futuros desperdícios de recursos públicos.

As fraudes em licitações públicas, no Brasil, destacam-se, contudo, como uma das principais formas de lesão aos cofres públicos. Proliferam casos de superfaturamento, acordos prévios entre concorrentes, vícios em editais e outras irregularidades.

Em 21/06/93, editou-se a Lei nº 8.666 instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. A nova legislação, embora objetivasse aperfeiçoar os dispositivos anteriormente vigentes, deixou de incorporar importantes inovações propostas pelo Senado Federal, tais como:

- possibilidade de exame pelo Tribunal de Contas e pelos órgãos de controle interno da contabilidade das empresas privadas que contratam com o Estado;
- possibilidade de acesso das micro e pequenas empresas às licitações públicas;
- controle social da gestão pública sobre convênios; e
- reequilíbrio econômico-financeiro na forma da legislação processual civil.

O novo Estatuto das Licitações e Contratos brasileiro avança, sem dúvida, quando prevê penalidades mais rígidas para as fraudes em concorrências públicas. Assim, decepiona dispositivos diretamente vinculados à atuação do agente público nas questões relacionadas ao processo de licitação.

Introduz a fixação da responsabilidade administrativa dos agentes públicos na prática de atos em desacordo com os preceitos da nova Lei das licitações, sujeitando-os a sanções específicas, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que o ato ensejar. Aspecto relevante, e que certamente poderia ter sido regulamentado neste dispositivo, diz respeito à aplicação da medida cautelar do "afastamento preventivo", determinado pela autoridade competente, quando o servidor, direta ou indiretamente, puder influir na apuração da irreplaridade.

É notório que as medidas puramente de repressão administrativa têm-se revelado insuficientes para a observação dos princípios legais norteadores do processo licitatório no âmbito da Administração Pública. Certamente, para se corrigir esta anomalia, o legislador fez incorporar à nova Lei das licitações a tipificação das infrações intrinsecamente relacionadas à licitação e o contrato, e a cominação das respectivas penas. Trata-se, assim, de um grande avanço

a implementação deste sistema que, inexoravelmente, fortalecerá os mecanismos do controle do processo licitatório, e assegurará a maior credibilidade dos negócios públicos. Tem-se reconhecido, cada vez mais, que a lei por si só não alcança o fim pretendido, sendo imprescindíveis a determinação, o engajamento e a atuação austera e efetiva do agente público e da sociedade na defesa do bem comum.

Outro ponto bastante importante e inovador diz respeito à incorporação à nova Lei da definição dos procedimentos inerentes à apuração das infrações penais pertinentes aos institutos da licitação e do contrato. Efetivamente, a prática já indicava a oportunidade de mudanças neste sentido, mormente porque o dinamismo dos procedimentos licitatórios estava a exigir a correspondente atuação do Estado através de uma mais célebre e eficaz resposta. Eis os principais destaques:

1 - Classificação dos crimes da lei das licitações como de ação pública incondicionada.

2 - Qualquer pessoa pode provocar a iniciativa do Ministério Público.

3 - Obrigatoriedade dos magistrados, membros dos Tribunais e Conselhos de Contas e dos titulares dos órgãos integrantes do sistema de controle interno de remeterem ao Ministério Público as cópias e os documentos que comprovem a existência dos crimes, para subsidiar o oferecimento da denúncia.

4 - admissão da ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for intentada no prazo legal.

5 - Recebida a denúncia e citado o réu, após o interrogatório, concede-se o prazo de 10 (dez) dias para apresentação da defesa escrita, juntada de documentos e arrolamento de testemunhas, em número não superior a cinco.

6 - Após ouvidas as testemunhas da acusação e de defesa e praticadas as diligências deferidas ou ordenadas pelo juiz, abre-se o prazo de 05 (cinco) dias para as alegações finais de cada parte.

7 - Decorrido o prazo das alegações finais, os autos serão conclusos em 24 (vinte e quatro) horas, e o juiz terá 10 (dez) dias para prolatar a sentença.

8 - Prazo de 05 (cinco) dias para interposição do recurso da apelação.

9 - Previsão da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal no procedimento e julgamento da infrações penais desta Lei.

No que tange as formalidades das licitações, o Tribunal de Contas da União, em diversas decisões, vem reafirmando a necessidade de serem seguidas todas as etapas estipuladas no Estatuto de Licitações e Contratos e serem respeitados os princípios gerais que devem regular todo e qualquer procedimento licitatório.

Assim, devem ser obedecidos os princípios básicos da igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Nos casos em que isto não tem ocorrido, o T.C.U. tem recomendado a observância das normas legais, sem contudo, entender que os respectivos procedimentos deveriam ser anulados, uma vez que não foram constatados indícios de má fé ou prejuízo ao erário naqueles casos específicos, mas apenas a ocorrência de falhas formais.

Quando se constatou, entretanto, a existência de dolo no processo licitatório, ou, ainda, a possibilidade de lesão aos cofres públicos, o Tribunal, além de recomendar a observância dos princípios acima referidos, determinou a adoção de providências para correção dos rumos

da licitação, se inconclusa, ou para sua anulação, se concluída, e responsabilizou os servidores que, no processo, agiram de má fé.

Ainda com respeito aos princípios gerais das licitações, o T.C.U. tem dispensado especial atenção ao princípio da igualdade entre os licitantes, que tem sido violado, com certa frequência, por editais que estabelecem restrições que muitas vezes impedem, de forma injustificadas, a participação no certame de empresas perfeitamente aptas a prestar o serviço, realizar a obra ou fornecer os bens licitados.

Em razão da relevância da matéria, o TCU tem dedicado especial atenção à fixação de procedimentos precisos e eficientes para análise dos regulamentos de licitação das empresas estatais que, no Brasil, estão obrigadas a recorrer ao processo de licitação pública para aquisição de bens e serviços.

A ação fiscalizadora do Tribunal orienta-se, também, no sentido de inibir as irregularidades nos processos de licitação de modo especial quando se trata de dispensa, caso em que constitui exceção aos princípios básicos dos procedimentos licitatórios.

Com a atual tendência à conscientização da sociedade brasileira quanto ao desempenho da Gestão Pública e o conseqüente aumento das demandas no sentido de que a despesa governamental seja realizada com transparência e probidade, reveste-se de fundamental importância o papel da Instituição Fiscalizadora no controle da aplicação dos recursos públicos.

Referências Bibliográficas

BUGARIN, Bento José. **A Fiscalização das Licitações pelo Tribunal de Contas da União**. Simpósio sobre Licitações e Contratos, promovido pelo Departamento-Geral de Serviços do Ministério do Exército.

Constituição Federal - Imprensa Nacional, 1988

GONÇALVES, Fernando. **A Questão Institucional Brasileiro e o Papel dos Tribunais de Contas na Defesa dos Recursos Públicos**. Palestra em evento promovido pelo Centro de Auditores Públicos Externo - Porto Alegre, 28.08.93.

GONÇALVES, Fernando. **Controle dos Gastos Públicos - Ação do Estado rumo à Moralidade Pública em Defesa da Cidadania**. Palestra em Seminário sobre Controle dos Gastos Públicos promovidos pela UNACON.

GONÇALVES, Fernando. **Lei Orgânica do TCU, Tomada de Contas Especial e Dívida Ativa**. Palestra no IV Encontro Nacional de Procuradores da Previdência Social.

GONÇALVES, Fernando. **O TCU e a Conduta do Estado**. Palestra ao ser homenageado pela FEDE-RASUL em Porto Alegre, 14.04.92.

GONÇALVES, Fernando. **Situação do Tribunal de Contas da União como Sistema de Controle Externo**. Palestra apresentada no Seminário de Auditoria Interna, promovido pelo Instituto de Auditores Internos do Brasil — Diretoria Regional do RS.

LEGISLAÇÃO

Lei 8.666 Comentada - Imprensa Nacional

SIMON, Pedro. **A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Senado Federal, Brasília, 1993.